



Den konkurrenceretlige regulering af rabatter før Post Danmark

Bergqvist, Christian

Publication date:
2013

Document version
Tidlig version også kaldet pre-print

Citation for published version (APA):
Bergqvist, C. (2013, apr. 5). Den konkurrenceretlige regulering af rabatter før Post Danmark.



Det Juridiske Fakultet



Den konkurrenceretlige regulering af rabatter før Post Danmark

CESEL konference 5. april 2013
Lektor Christian Bergqvist, ph.d.



Hvordan påvirker rabatter konkurrencen?

Problem: Rabatter kan bruge konkurrenter

Teorien foreskriver at rabatter kan være problematiske såfremt

- Underprissætning
 - Hvad: 'Pris – rabat' < omkostning
 - Logik: Bær et tab i dag for at få monopol i morgen
 - ➔ Konkurrenter kan ikke konkurrere
 - ➔ Mindre konkurrence i fremtiden
- Loyalitetseffekt – indlåsning
 - Hvad: Køb over en tærskel udløser rabat på hele købet
 - ➔ Tendens til at samle alt køb hos en sælger
 - ➔ Svært for konkurrenter at konkurrere
- Bundling
 - Hvad: Samlerabat
 - ➔ Udnytte dominans på ét produkt til at få dominans på et andet produkt
 - ➔ Mindre konkurrence i fremtiden

Rabatter kan udgøre et misbrug på flere måder

Set fra en juridisk synsvinkel kan rabatter udgøre et misbrug af en dominerende stilling på flere måder:

1. Rabatten har en sådan selektiv karakter at det falder indenfor begrebet **predatory pricing**
2. Rabatten har en **loyalitetsskabende effekt**, der erstatter en egentlig eksklusivaftale, hvormed markedet lukkes (forecloses) for konkurrenterne
3. Rabatten har et **bundling element**, fx fordi den kun indrømmes, hvis komplementære produkter aftages, hvorved der sker en kombineret udnyttelse af kunderne og foreclosure af konkurrenterne
4. Rabatten har en **diskriminatorisk karakter**, der forvrider konkurrencen downstream

Juraen kan rumme det teoretiske grundlag for at fordømme rabatter og "overdækker" vel nærmest ved at medtage *diskrimination*



Rabatter kan udgøre et misbrug på flere måder

I praksis er der ofte overlap mellem misbrugsformerne:

- Selektive rabatter, med **ekskluderende** elementer, har en fælles mængde med begrebet **predatory pricing** og **diskrimination**, jf. *Post Danmark I* og *Post Danmark II* (begge DK 2004)
- I EU sagerne *Suiker Unie* og *Hoffmann La Roche* var rabatterne både **loyalitetsskabende** og **diskriminerende**
- I *British Sugar/Napier Brown* (EU 1988) og *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler* (DK 1998) var der både et **diskriminerende** og et **koblingselement**



Rabatter kan udgøre et misbrug på flere måder

Lejlighedsvis ses variationer, der dog sidestilles:

- **Markedsføringstilskud** er sidestillet med eksklusivaftale jf. *Arla Foods rabatter og markedsføringstilskud* (DK 2005) og *Intel* (EU 2010)
- **Bonus**, der udbetales hvis bestemte mål realiseres, er sidestillet med eksklusivaftale jf. *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt* (DK 1999)
- **Differentieret takster**, blev i *CPH GO* (DK 2011) sidestillet med en rabat
- **Gratisydelser** (frysere og fadølsanlæg), der kun måtte anvendes til produkter fra leverandøren er sidestillet med eksklusivaftale jf. *Van den Bergh Foods* (EU 1998) og *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren* (DK 2005). Kræver specielle forhold, fx begrænset plads



Det afgørende er deres (mulige) effekt

Fra EU sagerne *Hoffmann La Roche* og *Michelin I* følger at rabatter vurderes på baggrund af:

*"..... **samtlige omstændigheder**, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om **rabatten som en fordel**, hvortil der **ikke** har svaret nogen **begrundet modydelse** af økonomiske art, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet **spærre konkurrenterne adgangen til markedet**"*



Samt i praksis deres grundelementer

I danske *SuperGros'* samhandelsbetingelser (2007) åbnes analysen således med en bemærkning om, at

*"Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse indeholder prissystemet **de centrale kendetegn for et loyalitetsskabende rabatsystem**. Der er tale om en **progressiv, retroaktiv rabatskala** med **rabatspænd** på mellem 14-17 procentpoint og med en **referenceperiode på 12 måneder** for en væsentlig del af SuperGros' kunder. Der er desuden tale om et rabatsystem, som forekommer **uigennemsigtigt** og **uoverskueligt**."*

Hvorefter det bemærkes:

- *"Af speciel interesse for den **konkrete vurdering** af den loyalitetsskabende effekt er størrelsen af **rabatspændet**, eventuelle **rabattrin**, **retroaktivitet** samt **referenceperioden**"*

Rabatternes grundelementer

Rabatterne kan varieres over en række elementer

Rabat kriterier/mål	Rabat element
1. Standardrabat med fast mål for alle	a) Inkrementelle, hvor rabatten alene ydes på ekstra køb
2. Individuelle målrabatter, hvor kundernes mål varier	
3. Markedsandele, fx 80% af samlet indkøb	b) Retroaktive, hvor rabatten også ydes på tidligere indkøb
3. Vækstrabatter, fx 10 % vækst i forhold til tidligere år	

- Hvor nogle elementer hurtigere end andre fordømmes i praksis

Juridisk tilgang og sonddringer

1. Loyalitetsskabende rabatter, der er egnet til at ekskludere eller lukke markedet for konkurrenterne, inklusiv substitutter
 2. Diskriminatoriske rabatter, der enten forvrider konkurrencen på et downstream placeret marked eller er egnet til at ekskludere en konkurrent
 3. Koblingsrabatter, der dog ikke anledning til "udfordringer" (bortset fra de kompliceret beregninger, der følger af Enforcement Paper)
- De diskriminerende rabatter rummer en interessant dobbelt standard jf. bl.a. *Post Danmark I* (DK 2004)

Diskrimination rummer et dobbeltelement

I *Post Danmark I* (DK 2004), bemærkes det

pkt. 129. "En dominerende virksomheds pris- og rabatsystem kan udgør et misbrug, især hvis det **hindrer konkurrenters adgang til det marked**, hvor den dominerende virksomhed opererer." Hvilket herefter omtales som **primary-line prisdiskrimination**

pkt. 163. "Ud over de priser og rabatter, som Post Danmark har givet til sine storkunder, findes der særlige rabatbestemmelser i udvalgte storkundeaftaler, idet Post Danmarks aftaler for 2003 med hhv. XX indeholder **individualiserede målrabatter**. Der er således tale om **primary-line prisdiskrimination**, jf. foregående afsnit."

pkt. 172 "En dominerende virksomheds pris- og rabatsystem kan udgøre et misbrug, hvis den **skader kunder til den dominerende virksomhed**, som er i indbyrdes konkurrence. Det gælder eksempelvis, hvis Post Danmark tilbyder sammenlignelige kunder forskellige priser, og ikke-sammenlignelige kunder ens priser, og hvis en sådan forskelsbehandling **stiller kunderne ulig i deres indbyrdes konkurrence**, især hvis selskabet ikke ud fra objektive kriterier kan begrunde sådanne pris- eller rabatforskelle." Hvilket herefter omtales som **secondary-line prisdiskrimination**

➤ I *Post Danmark III* (DK 2007), pkt. 440 sidestilles primary-line prisdiskrimination dog med "almindelig" ekskludering



Diskrimination rummer et dobbeltelement

- EU Domstolen synes "kritisk" overfor begreberne primary & second-line discrimination i *Post Danmark*, men de underliggende tanker genfindes i EU praksis jvf. fx *BdKEP/Deutsche Post* (2004), pkt. 93
 - "The wording [of Article 102] covers three types of discrimination, **the first two of them exclusionary** and the last **one exploitative**: (i) the customer of the dominant firm is placed at a competitive disadvantage vis-à-vis the dominant firm itself; (ii) in relation to other customers of the dominant firm; or (iii) **the customer suffers commercially** in such a way that its ability to compete in whatever market is impaired. It is obvious that type (i) and (iii) do not require a competitive relationship between the two comparator groups."



Hvordan påvirker rabatter konkurrencen?
Problem: Rabatter kan bruge konkurrenter

Hvor er Diskrimination?

- Underprissætning
 - Hvad: 'Pris – rabat' < omkostning
 - Logik: Bær et tab i dag for at få monopol i morgen
 - ➔ Konkurrenter kan ikke konkurrere
 - ➔ Mindre konkurrence i fremtiden
- Loyalitetseffekt – indlåsning
 - Hvad: Køb over en tærskel udløser rabat på hele købet
 - ➔ Tendens til at samle alt køb hos en sælger
 - ➔ Svært for konkurrenter at konkurrere
- Bundling
 - Hvad: Samlerabat
 - ➔ Udnytte dominans på ét produkt til at få dominans på et andet produkt
 - ➔ Mindre konkurrence i fremtiden

Første problem ved tilgangen til diskrimination

- Der **mangler** et (klart) **teoretisk grundlag** for **at fordømme diskriminerende rabatter** (i sig selv) og det er generelt **uklart**, hvad der anses som **diskrimination**

Andet problem ved tilgangen til diskrimination

- Der kan i **EU** praksis spores en meget **negativ tilgang** til **nationalitetsorienteret** diskrimination og diskrimination, der rammer **slutbrugere**
 - *United Brands Company, Tetra Pak, Irish Sugar* og *British Leyland* rummede alle geografisk diskrimination (uforeneligt med tanken om en integreret fælles marked)
 - *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998* (EU 2000) fastslog, at diskrimination af slutbrugerne udgjorde en særlig aggressive form for diskrimination
- Der kan i **DK** praksis spores en meget negativ tilgang til diskrimination, som ramme **små vs. store kunder**
 - *TV 2's priser og betingelser 2000* (DK 2000) og *PBS Multidatas gebyrstigninger* (DK 2003) rummer fordømmelser af forskelsbehandling af små og store kunder
- Uheldigt at der er "nuancer", både generelt og i lyset af problemerne med skabe et teoretisk grundlag for behandlingen heraf



Opdateret juridisk tilgang og sonddringer

1. Loyalitetsskabende rabatter (inklusive ekskluderende diskrimination) og substitutter, der er egnet til at ekskludere eller lukke markedet for konkurrenter og kunder (foreclosure)
2. Diskriminatorisk rabatter, der (fremstår som udnyttende og) forvrider konkurrencen på et downstream placeret marked (udnyttende diskrimination)
 - Traditionelt er begge bedømt og fordømt efter en forholdsvis mekanisk tilgang jf. fx *Michelin II* (EU 2003) og *Post Danmark I* (DK 2004) navnlig såfremt de gjorde forskel på store og små kunder jf. fx *Klage over prisdiskrimination* (DK 1998)
 - Nyere praksis rummer dog en mere effektbaseret tilgang, om end rækkevidden heraf er uklar



Visse simple safe harbours kan dog opstilles for rabatter

- ✓ En **omkostningsmæssig begrundelse** accepteres jf. *Michelin I*. Det kunne være forskellige former for storindkøb ➤ dog synes krone for krone reduktion forudsat), og forudbestillings rabatter accepteres ikke
- ✓ Et **standardrabatsystem** med rabat til alle og/eller alene rabat for **ekstra køb** (inkrementelle rabatter) er som udgangspunkt legalt
 - I *TV 2' priser og betingelser*, (Østre Landsretsdom 2009, pkt. 125) synes rabatterne dog reelt, at være individualiseret uanset deres objektive karakter
 - I *Song Networks* (DK 2004) havde en progressiv rabat en indbygget tendens til at gøre forskel på små og store kunder



Visse simple safe harbours kan dog opstilles for rabatter

- ✓ Individuelle målrabatter, med retro-elementer er (formentlig) legale hvis **reference perioden er kort** jf. *Opel Danmarks rabatsystem* (DK 2001) og *Coca-Cola-forliget* (EU 1990). I begge sager blev **3 måneders referenceperiode** anset for acceptable
 - Bør dog anvendes forsigtigt jf. *Irish Sugar*, hvor kvartalsperioder blev anset som misbrug og *Michelin II*, der forudsatte en konkret vurdering (og i øvrigt fordømte det opstillede rabatsystem)



Mere avanceret regler kan også opstilles for rabatter

- ✓ **Defensive rabatter**, rettet mod at forsvare kunder blev accepteret i *BPB* (EU 1989) og *Post Danmark V* (DK 2010)
 - Dog muligvis ikke hvis virksomheden er super dominerende (jf. Ankenævnets bemærkninger i *Post Danmark V*)
- ✓ **Glidende rabatskala**, med begrænset progression da en sådan ikke i praksis er egnet til at ekskludere konkurrenterne jf. *Skandinavisk Motor Co A/S – ekstrarabatsystem* (DK 2002)
- ✓ **Selektive priser**, der **dækker** de ydelsesspecifikke omkostninger (**IC**) er **uegnet til at ekskludere** en lige så effektiv konkurrent og derfor legale jf. EU' Domstolens dom i *Post Danmark* (2012)



Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- **Effektive salgspriser**, der dækker omkostningerne blev mere generelt accepteret med Kommissions *Enforcement Paper* (2009)
 - Jf. *Enforcement paper* bedømmes inkrementelle rabatter (rabatter, som indrømmes på ekstra indkøb), som en form for predatory pricing (legalt hvis $p > AAC$)
 - Jf. *Enforcement paper* bedømmes retroaktive rabatter, dvs. dem som normalt hurtigst fordømmes, efter samme principper (legalt hvis den effektive salgspris $> AAC$), hvilken bl.a. beregnes på baggrund af det "frie marked" ("contestable share"), dvs. som ikke er "låst" til den dominerende virksomhed
- Begge elementer giver en teoretisk ramme for at bedømme (og fordømme) rabatter samt åbner for rabatter udover krone for krone besparelser



Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

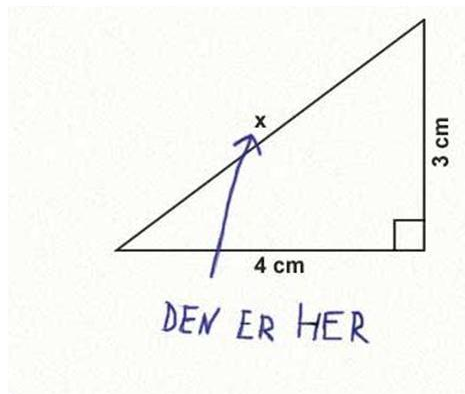
- **Effektive salgspriser**, der dækker omkostningerne blev mere generelt accepteret med *Kommissions Enforcement Paper* (2009)
- Enforcement paper er anvendt i en række sager
 - *Post Danmark III* (DK 2007), som en **supplerende test**
 - *Post Danmark IV* (DK 2009), som en **integreret del af analysen**
 - *Intel* (EU 2009), som en form for **kontrol**



Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- *Enforcement Paper* er dog svært at anvende:
 1. Beregningerne er svære (navnlig for en jurist)

Opgave 4: Find X



Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- *Enforcement Paper* er dog svært at anvende:
 1. Beregningerne er svære (navnlig for en jurist)
 2. Svært at vurdere størrelsen af det konkurrenceudsatte marked, og derved beregne den effektive salgspris
- Skønnet bliver noget arbitrært jf. fx *Intel*, hvor det blev sat meget lavt og den effektiv pris derved tillige lav



Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- *Enforcement Paper* er dog svært at anvende:
 1. Beregningerne er svære (navnlig for en jurist)
 2. Svært at vurdere størrelsen af det konkurrenceudsatte marked, og derved beregne den effektive salgspris
 - Skønnet bliver noget arbitrært jf. fx *Intel*, hvor det blev sat meget lavt og den effektiv pris derved tillige lav
 3. Gælder testen eller ej?
 - I *Post Danmark IV* antager Konkurrencerådet fx at Enforcement Paper ikke forpligter dem
 - I *Intel* antager Kommissionen fx at Enforcement Paper heller ikke forpligter denne

Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- *Enforcement paper* **reguler ikke diskrimination** hvilket er problematisk da:
 - a) det er **vanskeligt at isolere** og undgå diskriminationen jf. fx *Post Danmark I*
 - b) der **ikke** er tradition for et parallelt **mærkbarhedskriterium** i diskriminationslæren
 - c) det er teoretisk uklart hvordan diskrimination skal behandles (*udnyttelse* vs. *forskelsbehandling af små/store kunder*)



Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- *Enforcement paper* **reguler ikke diskrimination**
- Muligvis lys for enden af tunnelen?



Hvordan påvirker rabatter konkurrencen?

Problem: Rabatter kan bruge konkurrenter

Økonomerne bekymrer sig ikke om diskrimination?

- Underprissætning
 - Hvad: 'Pris – rabat' < omkostning
 - Logik: Bær et tab i dag for at få monopol i morgen
 - ➔ Konkurrenter kan ikke konkurrere
 - ➔ Mindre konkurrence i fremtiden
- Loyalitetseffekt – indlåsning
 - Hvad: Køb over en tærskel udløser rabat på hele købet
 - ➔ Tendens til at samle alt køb hos en sælger
 - ➔ Svært for konkurrenter at konkurrere
- Bundling
 - Hvad: Samlerabat
 - ➔ Udnytte dominans på ét produkt til at få dominans på et andet produkt
 - ➔ Mindre konkurrence i fremtiden

Endnu mere avanceret bliver det i Enforcement Paper

- *Enforcement paper* **reguler ikke diskrimination**
- Muligvis lys for enden af tunnelen
 - Kommissionen synes ikke voldsomt interesseret i at håndhæve diskrimination (medmindre den er nationalorienteret eller en del af andet misbrug)
 - En effekttilgang ses i danske *CPH GO* fra 2011
 - I sagen blev en rabat på DKK 20 svarende til **mellem 34% og 43% af kundernes bruttoavance** anset, som diskriminerende og egnet til at forvride konkurrencen
 - Hvis *CPH GO* sætter standarden er der muligvis gjort op med den ældre restriktiv tilgang til alle former for forskelsbehandling

En opdateret ramme for bedømmelsen

- Hvis praksis pre-Post Danmark sammenfattes kan der i hvert fald **teoretisk**, identificeres en **sammenhæng**
- Rabatter fordømmes alene såfremt de anses for **egnet** til at **forvride konkurrencen**
 - Enten ved at skabe en **kunstig loyalitet**, der potentielt kan **ekskudere en lige så effektiv konkurrent**, eller
 - Ved at forvride konkurrencen **mærkbart** mellem kunderne som en form for udnyttelse
- Udfordringen er som altid i detaljen, og der er stadig et stykke vej endnu navnlig omkring diskrimination.



Spørgsmål?



Ellers modtages de også gerne senere på cbe@jur.ku.dk